
SERGIO FERNÁNDEZ*

La tarifa constitucional: un retroceso en la protección de los derechos de las parejas del mismo sexo (Sentencia T-911-09)

En septiembre de 2009, el Congreso uruguayo aprobó la adopción de niños por parte de personas homosexuales¹. El 15 de julio de 2010, en Argentina se abrió la posibilidad para que las parejas del mismo sexo puedan casarse en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales². Mientras estos dos países se convertían en ejemplo para las demás naciones de Sudamérica en la lucha por la igualdad de los derechos, en Colombia la Corte Constitucional estableció un grave precedente, en la sentencia T-911 de 2009³: esta sentencia se convierte en un obstáculo para que las parejas del mismo sexo puedan acceder a los derechos de contenido patrimonial y de la seguridad social otorgados en las sentencias C-075 de 2007 y C-336 de 2008.

I. HECHOS

Los señores Juan Carlos Corredor Palacios y José Valdemar Sánchez Prada vivieron juntos desde 1981 hasta el 6 de julio de 2007, fecha en que Sánchez Prada falleció. En 2003, el Instituto de Seguros Sociales le reconoció a José Sánchez pensión de jubilación, de la cual disfrutó hasta el momento de su muerte. Durante la época de su convivencia y según Corredor, su pareja le fue infiel en una ocasión, fruto de la cual nació Javier Mauricio Sánchez.

El 21 de septiembre de 2007, Corredor Palacios solicitó al Instituto de Seguros Sociales la pensión de sobrevivientes. No obstante, la entidad le concedió el disfrute de la pensión al señor Javier Mauricio Sánchez, hijo del

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia y monitor del Departamento de Derecho Constitucional en esa misma Universidad. sergisfp90@hotmail.com

1. http://www.elpais.com/articulo/internacional/Uruguay/aprueba/adopcion/parejas/mismo/sexo/elpepuint/20090910elpepuint_4/Tes

2. http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1284883

3. Corte Constitucional. Sala séptima de revisión, integrada por los magistrados NILSON PINILLA PINILLA, HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. M. P.: NILSON PINILLA PINILLA.

pensionado. En sus motivaciones, el Instituto le negó la pensión a Juan Carlos Palacios, por no acreditar su condición de compañero permanente.

El señor Palacios interpuso una acción de tutela contra la resolución del Instituto de Seguros Sociales. En este proceso, aportó como prueba las declaraciones juramentadas ante notario de los señores Carlos Uriel Díaz y Guillermo Sánchez, en las que dieron fe sobre la vida en pareja de Palacios y Sánchez. También se recibió la declaración de Javier Mauricio Sánchez, en la cual manifestó que mientras su padre vivía nunca observó una tendencia homosexual, que el señor Juan Carlos Palacios no fue compañero sentimental de este, sino un protegido al que le ayudaba y a quien, incluso, le pagó los estudios.

El juez de primera instancia no concedió el amparo porque en la sentencia C-336 de 2008 los derechos patrimoniales otorgados a las parejas del mismo sexo deben ser reconocidos bajo el cumplimiento de los mismos requisitos de las parejas heterosexuales, es decir, con la declaración conjunta ante notario de los integrantes de la pareja. Esta decisión fue apelada ante el Tribunal Superior del Distrito judicial de Bucaramanga, que confirmó la decisión del *a quo* en su integridad.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Tres fueron las razones por las cuales la Corte negó esta tutela; sin embargo, en esta reseña jurisprudencial se hará énfasis en el tercer argumento, del cual diferimos.

Primero, la Corte denegó el amparo porque los derechos patrimoniales reconocidos a las parejas del mismo sexo en la sentencia C-336 de 2008 sólo tienen efectos hacia el futuro, es decir a partir de la fecha de su pronunciamiento, y sólo excepcionalmente tienen efectos hacia el pasado, cuando la Corte de manera expresa así lo declara. En el caso en concreto, la Corte no hizo uso de esa facultad, por tal razón, y al tratarse de una situación consolidada antes de la sentencia C-336 de 2008 sus efectos no se le aplican.

Segundo, a juicio de la Corte “la acción de tutela es en principio improcedente como mecanismo para obtener el reconocimiento a una pensión, y si bien la jurisprudencia ha reconocido la existencia de eventualidades que por excepción habilitan esta vía procesal para el logro de este propósito, observa la sala que ninguna de ellas concurre en el presente caso”⁴. La Corte consideró que era improcedente la acción de tutela porque el señor Palacios es ingeniero profesional, no tiene ningún impedimento que le imposibilite trabajar, razón por la cual debería acudir a la vía ordinaria y no a la tutela.

4. Corte Constitucional. Sentencia 911 de 2009.

Tercero, la Corte reconoció que aun cuando las uniones maritales de hecho están permitidas para las parejas del mismo sexo desde la sentencia C-075 de 2007 y tienen iguales efectos patrimoniales que las uniones heterosexuales en virtud de lo dispuesto en la sentencia C-336 de 2008, deben, sin embargo, ser acreditadas de la misma forma como lo hacen las parejas heterosexuales. Y según la sentencia C-521 de 2008, que declaró inexecutable el artículo 163 de la ley 100 de 1993, en el que se exigía una convivencia mínima de dos años por parte de los compañeros permanentes para acceder a los beneficios del plan obligatorio de salud, la forma de acreditar la unión es una declaración juramentada ante notario⁵.

III. NUESTRA OPINIÓN

El criterio aquí plasmado es un error que va en contra de los principios del derecho procesal de acuerdo con los cuales la valoración de la prueba por tarifa probatoria ya fue superada por la teoría de la libre apreciación de la prueba, teniendo en cuenta las reglas de la experiencia, la ciencia y la sana crítica. Teniendo en cuenta que las reglas establecidas por la Corte Constitucional se vuelven precedente de obligatorio cumplimiento para todos los operadores jurídicos en casos similares donde los hechos sean análogos, para conceder los derechos patrimoniales o negarlos el juez sólo deberá verificar si existe o no la declaración juramentada ante notario; no le debe importar al funcionario judicial que existan otras pruebas, como, por ejemplo, que los familiares más cercanos de la pareja, los amigos de ésta y hasta los compañeros de trabajo rindan testimonio, dando fe de la comunidad de vida en forma permanente y singular; ni le debe importar tampoco que su convivencia sea un hecho notorio para el país como puede presentarse si uno de los compañeros es un personaje público: el juez sólo debe considerar la declaración ante notario. En el presente caso, si la Corte hubiera estudiado y valorado el testimonio de Javier Mauricio Sánchez, hijo del fallecido, habría podido llegar a otra conclusión, porque en esa declaración Javier Mauricio admitió que el señor

5. Corte Constitucional. Sentencia 911 de 2009: “(...) En vista de la necesidad de acreditar la existencia de la unión marital para cada uno de los efectos respectivos, la Sala Plena de esta corporación en las sentencias C-521 de 2007 y C-336 de 2008 trazó *una pauta probatoria al respecto*: en la primera de ellas, que como se recordará declaró la inexecutable del requisito de convivencia superior a dos años para tener derecho a integrar el grupo familiar del plan obligatorio de salud, y *ante la preocupación existente frente a la posibilidad de fraudes, se planteó la necesidad de realizar una declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente*; en la segunda, ante la ausencia de regulación sobre la prueba de la unión marital entre personas del mismo sexo para efectos de acceder a la pensión de sobrevivientes, se dispuso (allí sí en la parte resolutive) que las personas que pretendieran este beneficio deberían acreditar esa condición (la de parejas permanentes de igual sexo) “en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales”, es decir, en la forma que acaba de ser explicada (...)” (*itálicas nuestras*).

Corredor Palacios era el protegido de su padre, que incluso le pagó sus estudios y este hecho es, a nuestro criterio y según las reglas de la experiencia, un indicio que prueba la unión de los señores Corredor y Sánchez Prada. Este indicio, acompañado de otras pruebas, en el caso que hubiere existido libertad probatoria, le hubiera permitido al juez llegar a la certeza de la existencia o no de la unión marital de hecho entre esas dos personas.

La Corte, mediante su función de legislador complementario, está ordenando por vía jurisprudencial una tarifa probatoria de rango constitucional porque preestableció el valor del medio probatorio y le impuso, por el valor obligatorio de su precedente, a los demás funcionarios judiciales que sólo con esta prueba se puede declarar como probada la convivencia de las parejas del mismo sexo. Una tarifa es una prueba que por orden del legislador de manera obligatoria le impone al juez un resultado, es una atadura para el juez, porque siempre tendrá que declarar como demostrada la existencia de cierto hecho cuando se presente determinada prueba. Esto tendrá como consecuencia que sólo la declaración juramentada sirva para acreditar la unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo, y no debe importar si existen otras pruebas que desvirtúen la unión, como por ejemplo que en el proceso se demuestre que una vez hecha la declaración juramentada no existió la real convivencia entre los miembros de la supuesta pareja, y peor aún, así exista todo un acervo probatorio que demuestre con plena certeza la existencia de la unión, estas pruebas no serán tenidas en cuentas por el juez en el proceso porque el operador jurídico sólo deberá verificar la existencia de la prueba tarifada.

La Corte en la presente sentencia sustenta la decisión de exigir declaración juramentada ante notario en la jurisprudencia establecida en la sentencia C-336 de 2008, en la que se les reconoce a las parejas del mismo sexo iguales efectos patrimoniales que a las parejas heterosexuales, siempre y cuando se cumpla la carga probatoria establecida en la sentencia C-521 de 2007:

(...) Al resultar extensivos los efectos de estas normas a las parejas integradas con personas del mismo sexo, a los compañeros o compañeras del mismo sexo les corresponde acreditar su condición de pareja, *para lo cual deberán acudir ante un notario para expresar la voluntad de conformar una pareja singular y permanente*, que permita predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable, de la cual posteriormente pueden derivar prestaciones de una entidad tan noble y altruista como la correspondiente a la pensión de sobrevivientes. Como lo expresó la Corte en la Sentencia C-521 de 2007, para todos los efectos se entenderá que lo dicho ante el notario es cierto y es expresado bajo juramento; de esta manera, los integrantes de la pareja asumen las consecuencias judiciales

y administrativas derivadas del fraude, la falsedad o la ausencia de veracidad en sus declaraciones⁶ (*itálicas* nuestras).

El error de la sala de revisión que resolvió esta tutela fue haber considerado que los fundamentos de las sentencias C-521 de 2007 y C-336 de 2008 eran aplicables a los hechos objeto de este litigio. La primera sentencia se ocupó de una demanda de constitucionalidad contra el artículo 163 de la ley 100 de 1993, en el que se exigía una convivencia mínima de dos años por parte de los compañeros permanentes para acceder a los beneficios del plan obligatorio de salud. En esta sentencia la Corte declaró inexecutable la expresión “cuya unión sea superior a dos años”, pero en su parte motiva estableció que la unión, independientemente del tiempo que lleve, debe ser probada mediante una declaración ante notario. Esta sentencia no puede ser aplicada para los casos en que se reclame la pensión de sobreviviente porque esta exigencia fue establecida para una persona que quiere ampliar la cobertura de su plan de salud a su compañero permanente. En esta situación, la declaración juramentada sí es posible porque ambos compañeros están vivos, pero se vuelve absurdo exigirla cuando uno ha fallecido. Olvida la Corte que las reglas y consideraciones de una sentencia sólo pueden ser aplicadas para casos en el futuro en los que el supuesto fáctico sea similar, y esto no ocurre en el presente, porque en la primera sentencia la Corte estudió un caso en el cual los miembros de la pareja estaban vivos, y en la segunda un compañero había fallecido.

Resulta discriminatorio exigirle a las parejas del mismo sexo que acrediten su convivencia únicamente con una declaración juramentada, tal como lo deben hacer las parejas heterosexuales cuando van a afiliarse a su compañero a la seguridad social, y no permitirles que lo demuestren con cualquier medio probatorio como lo hacen las parejas heterosexuales cuando van a acreditar su unión, como por ejemplo el acta de conciliación, sentencia judicial y la inscripción del compañero a las entidades que prestan los servicios de la seguridad social. Es decir, la exigencia de la declaración juramentada sólo es para que las parejas heterosexuales puedan acceder al régimen de la seguridad social y para que las del mismo sexo prueben su unión, pero este requisito nunca se les exige a las parejas conformadas por un hombre y una mujer como único medio para demostrar su unión. En este punto compartimos las consideraciones del magistrado Sierra Porto en la aclaración de voto a la presente sentencia:

(...) A su turno, la anterior situación, no sólo no es coherente con el sentido jurídico de la figura de la unión marital, sino que además impone una carga desproporcionada

6. Sentencia C-336 de 2008, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

en cabeza de las parejas homosexuales. Esta carga, que no la tienen las parejas heterosexuales, supone que la pareja homosexual produce efectos jurídicos sólo a partir de la suscripción formal del requisito, tal como el matrimonio produce efectos sólo a partir de su celebración. No existe norma alguna hasta el momento en nuestro ordenamiento, que imponga como único y necesario medio probatorio para acreditar la condición de compañero, acudir al notario para ello. En efecto, la ley ha establecido distintas formas de acreditación, tales como la escritura pública ante notario, el acta de conciliación, la sentencia judicial (art. 2.º ley 54 de 1990), para fines de adopción la inscripción del(a) compañero(a) en las cajas de compensación, declaración ante notario, registro civil de nacimiento de los hijos de los compañeros (parágrafo art. 124 Código de infancia y adolescencia), para efectos de la pensión la inscripción del(a) compañero(a) en el registro de la entidad administradora (art. 11 D. 1889 de 1994), entre otros (...)⁷.

En la presente sentencia la Corte aplica un criterio iniciado en la sentencia C-336 de 2008⁸, que va en contra del reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, al exigirle requisitos que atentan contra la naturaleza jurídica de las uniones maritales de hecho porque lo que categoriza a estas uniones es su reconocimiento jurídico sin solemnidades previas.

(...) De acuerdo a lo anterior, para la opinión mayoritaria, existiría una condición impuesta por la jurisprudencia constitucional, según la cual la única manera de acreditar la existencia de una pareja homosexual es mediante una escritura pública suscrita por sus miembros. Esta conclusión, es sin embargo errada. En primer lugar, porque es contraria a la esencia de la categoría jurídica del compañero(a) permanente, así como a la naturaleza de la figura de la unión marital. Ésta supone justamente, la posibilidad de generar derechos y obligaciones propias de los cónyuges, al margen del adelantamiento de las formalidades propias del matrimonio (...)⁹.

IV. CONCLUSIONES

La Corte Constitucional debe abstenerse de crear por medio de su jurisprudencia tarifas probatorias porque con estas se limita el acceso a la justicia de

7. Sentencia T-991 de 2009. Aclaración de voto del magistrado HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

8. Sentencia C-336 de 2008, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ: “En efecto, para acceder a la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo deben acreditar dicha condición en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales”.

9. Sentencia T-991 de 2009. Aclaración de voto del magistrado HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

ciudadanos que quieren reclamar sus derechos. Con este formalismo excesivo se estaría limitando la primacía del derecho sustancial plasmada en el artículo 228¹⁰ de nuestra Carta Política, y se estaría volviendo a los tiempos oscuros de nuestra historia jurídica, cuando los jueces denegaban las pretensiones de los ciudadanos por el simple hecho de no tener un sello. No se puede permitir que se desconozcan los derechos fundamentales de las personas por el solo hecho de no cumplir los requisitos señalados de antemano para demostrar la vulneración a su derecho. El juez debe valorar, en todos los casos, todo el material probatorio aportado por ambas partes al proceso.

La Corte desnaturalizó la figura de la unión marital de hecho, consagrada en nuestro ordenamiento jurídico en la ley 54 de 1990, al imponerle requisitos que borran la línea que la separaban de la figura jurídica del matrimonio.

10. Artículo 228 del C. P.: “La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas *prevalecerá el derecho sustancial*” (*itálicas nuestras*).